

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Baudouin 1er et l'enfant à venir

Dijon, Xavier

*Published in:*

Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders

*Publication date:*

1998

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dijon, X 1998, Baudouin 1er et l'enfant à venir. Dans *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders*. Bruylant, Bruxelles, p. 181-195.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

- PELUSO, Antonio Cezar, « O menor na separação », in : *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família (Aspectos constitucionais, civis e processuais)*, Terese Arruda Alvim Wambier (Coord.), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 20-41.
- PEREIRA, Aurea Pimentel, *Divórcio et Separação Judicial*, Rio de Janeiro, Renovar, 1989.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Vol. 5 : *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil. Vol. VI : Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1991.
- SANTOS, Eduardo, *Direito de Família*, Coimbra, Almedina, 1985.
- VARELA, Antunes, *Dissolução da sociedade conjugal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- WALLERSTEIN, Judith S. e BLAKESLEE, Sandra, *Sonhos e realidades no Divórcio - marido, mulher e filhos dos anos depois*, Trad. Elizabeth Larrabure Costa Correa. São Paulo, Saraiva, 1991.

## BAUDOUIN I<sup>er</sup> ET L'ENFANT À VENIR

PAR

XAVIER DIJON

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DE DROIT DE NAMUR

La sanction et la promulgation des lois se feront de la manière suivante :

« Baudouin, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut. (...) »

(Loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, *M.B.*, 21 juin 1961, art. 3.)

Faut-il revenir sur l'objection de conscience que, en mars 1990, le roi Baudouin opposa à la demande qui lui était faite de signer le projet de loi portant de larges exceptions à la répression pénale de l'avortement (1) ?

Sans doute l'engagement résolu du professeur Marie-Thérèse Meulders-Klein en cette cause autorise-t-il un tel rappel (2), mais cette référence académique, si impressionnante qu'elle soit, suffira-t-elle à effacer le sentiment de gêne qu'a suscité l'objection royale dans les milieux juridiques (3) ?

(1) Le texte qui allait devenir la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code (*M.B.*, 5 avril 1990) fut adopté le 6 novembre 1989 par le Sénat (102 oui, 73 non, 7 abstentions) et le 29 mars 1990 par la Chambre des Représentants (126 oui, 69 non, 12 abstentions). La lettre par laquelle le chef de l'Etat exprime son objection de conscience est publiée dans le compte rendu analytique de la Chambre des représentants, sess. ord. 1989-1990, séance du 5 avril 1990, p. 746.

(2) V. en particulier les substantielles « considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement (Droits de l'homme, droit belge, législations étrangères, bilan des expériences étrangères) », que M<sup>me</sup> Meulders a publiées dans le numéro spécial des *Annales de droit* (Louvain) en 1971 (pp. 425 à 523).

(3) Cfr. par exemple, R. Ergec : « Les libertés dont jouit la personne privée du titulaire (d'une charge publique) s'effacent devant l'intérêt supérieur de la fonction », (« L'ins-

Tout invite en effet à se laisser porter par le mouvement de l'histoire plutôt qu'à revenir sur cette nouvelle « affaire royale ». Les évolutions en cours ne sont-elles pas suffisamment perceptibles, l'attribution des pouvoirs assez claire, et les justifications philosophiques suffisamment assurées ?

# I. - L'ÉVOLUTION DU STATUT DE L'EMBRYON

L'évolution vers une plus grande acceptation de l'interruption de grossesse se manifeste dans les chiffres autant que dans les mentalités.

Le troisième rapport de la Commission nationale d'évaluation de la loi (belge) du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse fait état d'une légère mais constante augmentation du nombre d'avortements signalés à la commission : 10.380 en 1993, 10.737 en 1994, 11.243 en 1995 (4).

Dans ses conclusions, la commission attire l'attention du Parlement sur la situation préoccupante des jeunes femmes de moins de 20 ans, chez qui l'on compte 1.384 avortements pour 1.751 naissances. La commission souligne aussi la grande pauvreté des moyens que connaissent les services chargés d'accueillir les femmes en situation de détresse : où trouveront-elles, donc, l'aide nécessaire pour faire face à leurs problèmes psychologiques et sociaux ?

Autre symptôme : la pression sociale exercée dans le sens de l'acceptabilité de l'avortement a fini par dessiner, bon gré mal gré, un statut juridique particulièrement léger pour couvrir la personnalité conditionnelle de l'embryon. S'interrogeant sur « les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de per-

titution monarchique à l'épreuve de la crise », *Journal des tribunaux*, 1990, pp. 265-267 ; R. LALLEMAND : « La cohérence de notre régime tient au silence du Roi », (« La conscience royale et la représentation de la nation, réflexions à propos d'une crise », *Journal des tribunaux*, 1990, pp. 465-469) ; F. DELPÉRÈRE : « Il va sans dire que l'attitude adoptée par le Roi en avril 1990 gagne à rester exceptionnelle, à peine d'ébranler non seulement sa position personnelle mais le rôle de l'institution qu'il incarne », (« cinq rois en un », *Louvain*, juillet-août 1990, p. 32).

(4) La Commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990, créée par la loi du 13 août 1990, a remis au Parlement, le 30 août 1996, son troisième rapport couvrant les années 1994 et 1995, v. les conclusions, p. 59. Cfr. aussi *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1996-1997, n° 684/2-95/96, rapport des commissions réunies de la Justice et de la Santé publique, de l'Environnement et du Renouveau de la société.

sonne humaine potentielle », Anne Fagot-Largeault et Geneviève Delaisi de Parseval refusent sans doute, sur la question fondamentale de la reconnaissance, le pur critère de l'autonomie de la volonté selon lequel l'embryon ne mérite une protection que si la société reconnaît en cet être commençant une réelle autonomie : si l'on adoptait cette perspective « néo-kantienne », quelle frontière précise tracerait, en effet, la limite entre personne et non-personne (5) ? Mais les auteurs ne se rabattent pas pour autant sur le critère dit « biologique », lequel, reconnaissant la personne comme coextensive à son organisme, conduit au respect de toute vie humaine, même seulement conçue. Pourquoi cette mise à distance ? Parce que cette seconde position « jette la suspicion et l'interdit sur des habitudes très largement admises ».

Il semble donc devenu sinon politiquement incorrect, du moins socialement ardu de plaider pour le caractère personnel et donc en tout cas respectable du fœtus humain (6).

La difficulté paraît d'autant plus grande que les techniques de procréation médicalement assistée, d'une part (7), la recherche génétique, d'autre part, s'appuyant d'ailleurs l'une sur l'autre, ont largement banalisé l'instrumentalisation de l'embryon.

Le vocabulaire qui a réussi à manier les contraires de la technique et de la procréation dans la dissonante *procréatique* (8) est parvenu également à quantifier les êtres qui auraient dû échapper au calcul, puisque toujours uniques. Ne parle-t-on pas en effet couramment des embryons *surnumé-*

(5) A. FAGOT-LARGEAULT et Geneviève DELAISI DE PARSEVAL, « Les droits de l'embryon (fœtus) humain, et la notion de personne humaine potentielle », *Revue de métaphysique et de morale*, 1987, p. 361.

(6) Comp. M.-Th. MEULDERS : « Qu'il s'agisse d'homme, ou d'être humain au sens générique du terme, la définition qui fit toujours défaut tant elle paraissait évidente n'est plus jamais abordée de front tant une définition objective des frontières de l'humanité, et, partant, du droit au respect de la dignité, risquerait de restreindre le cercle des libertés permises » (« La production des normes en matière bioéthique », in Cl. NEIRINCK (éd.) *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, L.G.D.G., 1994, p. 7-6.)

(7) Dominique FOLSCHIED et Jean-Jacques WUNENBURGER évoquent, plus exactement peut-être, la procréation médicalement *investie* (« La vie commençante » in D. FOLSCHIED et al., *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, P.U.F., 1997, p. 202.)

(8) « Procréatique : terme apparu vers 1995, à la suite de la diffusion de nouvelles techniques de reproduction assistée (NTR), don de gamètes, fivete, don d'embryon, maternité de substitution. Étymologiquement, il englobe en principe toutes les modalités et conditions d'application de celles-ci. » G. HOTTOIS et M.-H. PARIZEAU, *Les mots de la bioéthique*, De Boeck, 1993.

raires ou de la réduction embryonnaire ? La chosification linguistique apparaît également à propos du pré-embryon ; grâce à cette qualification qui découpe dans le temps la continuité de l'organisme, la science génétique a pu décider, en effet, que les quinze premiers jours de l'existence embryonnaire échappent au règne humain (9). Pourquoi d'ailleurs, demandera-t-on bientôt, limiter à quinze jours une fascination qui s'étend bien au-delà de ce terme, puisqu'il s'agit de rien moins que de connaître les secrets de l'humanité elle-même ?

On connaît déjà sur le sujet de l'expérimentation sur embryon les embarras de la Convention prise au sein du Conseil de l'Europe (1997) pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (10). L'effort tenté par l'article 18 (recherche sur les embryons *in vitro*) paraît certes méritoire puisqu'on y lit :

« 1. Lorsque la recherche sur les embryons *in vitro* est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite. »

Il convient cependant de vérifier, à propos du 1<sup>er</sup> alinéa de cet article 18, si l'admission d'une telle expérimentation ne contredit pas d'emblée toute « protection adéquate » que le législateur établirait pour limiter – mais au nom de quoi ? – l'extension de l'irrespect érigé en principe. Vérifier aussi, à propos de l'alinéa 2, si la manipulation technique des cellules reproductrices pour les besoins de la procréation médicalement assistée n'induit pas, dans le chef des généticiens, un glissement trop tentant vers les besoins de la recherche elle-même.

Quoi qu'on veuille, on ne peut en tout cas méconnaître la quasi-simultanéité chronologique des lois qui d'abord dépénalisent l'avortement, qui ensuite régissent (quand elles le font)

(9) Sur cette position pragmatique de « juste milieu » entre le critère « biologique » et le critère « néo-kantien », cfr. A. FAGOT-LARGEAULT et G. DELAISI DE PARSEVAL, *op. cit.*, p. 376.

(10) L'embarras du texte se redouble d'une question à propos des pays qui, telle la Belgique, n'ont pas signé cette Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine : pourquoi écarter cette protection minimale ? Parce qu'elle est minimale ou parce qu'elle est protection ?

la procréation médicalement assistée, qui enfin commencent à admettre l'expérimentation sur embryon (11).

La pression exercée par le désir de fécondité d'une part, la passion de découverte scientifique d'autre part, s'avèrent si fortes que la négligence à l'égard de l'embryon, inéluctable dans l'interruption volontaire de grossesse, y reçoit confirmation et élargissement (12).

Dans un tel contexte social entourant l'embryon, le rappel de l'objection de conscience de Baudouin I<sup>er</sup> n'apparaît-elle pas décidément anachronique (13) ? L'examen plus précis des pouvoirs du roi conduit sans doute à la même conclusion.

## II. – LE POUVOIR DU ROI

Du côté de l'attribution des pouvoirs, la Loi fondamentale énonce clairement que « aucun acte du roi ne peut avoir d'effet, s'il n'est contresigné par un ministre qui, par cela seul, s'en rend responsable » (Const. coord., art. 106). Or, la responsabilité ministérielle jouant devant le Corps législatif qui vient précisément d'adopter la loi que le roi ne peut admettre, on ne voit pas de quel droit le monarque, dont les pouvoirs sont soigneusement définis par la Constitution (cfr. Const. coord.,

(11) Pour une dissociation entre la légitimité de l'interruption de grossesse, voulue par la mère, et l'illicéité de la manipulation génétique souhaitée par les chercheurs, v. tout de même la double tentative risquée par M. DELMAS-MARTY (« L'homme des droits de l'homme n'est pas celui des biologistes », *Esprit*, novembre 1989, pp. 116 à 123) et par Marie-Angèle HERMITTE (« L'embryon aléatoire », in J. TESTART (éd.), *Le magasin des enfants*, Paris, Fr. Bourin, 1990, pp. 238 à 265).

(12) On trouve cette confirmation et cet élargissement dans l'ouvrage de Nathalie MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, Bruylant, 1997 où l'auteur s'emploie à résoudre toute contradiction qui surgirait entre, d'une part, sa propre thèse, d'ailleurs remarquablement étayée, en faveur de la reconnaissance de la personnalité juridique du *nasciturus* et, d'autre part, l'interruption volontaire de grossesse (p. 383), la cryopréservation d'embryons (p. 699), la recherche expérimentale sur embryon (p. 725), la gestation pour autrui (p. 850), etc. D'où la question : que signifie, dans ces conditions, la reconnaissance de personnalité ?

(13) Comp. en 1994, en France, lors de l'adoption des lois de bioéthique, des propos tels que ceux de M<sup>me</sup> Neiertz : « A cela s'ajoute un motif qui rendait forcément très prudent le gouvernement précédent auquel j'appartenais. Je fais partie d'une génération qui, après s'être beaucoup battue pour la contraception et la liberté de l'avortement, n'était pas saisie d'un enthousiasme démesuré à l'idée de réentendre, vingt ans après, les mêmes arguments obscurantistes qu'en 1975 et 1979 » (JO-AN 14 avril 1994, p. 757, cité par G. MÉMETEAU, « La définition de la personne par la loi », *Journal international de bioéthique*, 1997, p. 40.)



art. 105), pourrait donner un effet public à une objection que ne contresigne aucun de ses ministres.

Pour R. Ergec, l'exercice du refus de sanction « doit être couvert par les ministres et se concilier avec la volonté du Parlement », ce qui ne fut manifestement pas le cas en 1990. L'auteur ajoute : « Sans doute, le refus du Roi lui était-il dicté par sa conscience, et il est peu de libertés plus dignes que l'objection de conscience. Mais l'exercice d'une charge publique, surtout celle de la première magistrature de l'Etat, comporte des servitudes. Les libertés dont jouit la personne privée du titulaire s'effacent devant l'intérêt supérieur de la fonction. Dans le cas présent, force est de constater que les considérations propres à la personne du Roi, si légitimes soient-elles, l'ont emporté sur les devoirs inhérents à la fonction royale » (14).

La solution qui consiste à demander au roi de réserver en toute hypothèse son jugement personnel en signant tous les textes adoptés par le Parlement résout très heureusement, semble-t-il, l'impasse juridique créée par la concurrence constitutionnelle des trois branches du pouvoir législatif. La coutume, dont on connaît l'importance parmi les sources du droit, paraît d'ailleurs fixée en ce sens.

Autre source du droit, la norme internationale. Le premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (15) porte en son article 3 :

*« Les Hautes parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».*

Dans la recherche d'une solution structurelle à l'impasse de la question royale en Belgique, on a invoqué l'antinomie de cet article par rapport à la Constitution belge, car le Protocole européen semble soumettre à l'élection périodique tous et chacun des membres du « corps législatif » alors que, selon la Constitution belge, le Roi, troisième branche du pouvoir législatif, relève de la succession héréditaire et non du suffrage

(14) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 268.

(15) Ce protocole n° 1 « reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention » fut signé à Paris le 20 mars 1952.

populaire. Dans ces conditions, pour rendre sa Loi fondamentale conforme à l'engagement international qu'elle a pris en signant le protocole n° 1, la Belgique ne devrait-elle pas « soit exclure le Chef de l'Etat de toute participation effective à la procédure législative, soit soumettre le Chef de l'Etat lui-même à élection périodique » (16) ?

Sans entrer dans le débat juridique relatif à la hiérarchie des deux normes ainsi présentées comme conflictuelles, on retiendra au moins, dans l'interprétation proposée, la volonté d'exclure du processus législatif toute autre source du droit que le corps élu par la Nation. La loi majoritaire est ainsi comprise comme loi tout court, sans qu'une instance tierce puisse jamais se départir, en régime démocratique, de la volonté exprimée par le plus grand nombre.

Mais, dira-t-on, il n'est plus tout à fait exact d'affirmer cette souveraineté dernière de la majorité dans l'énonciation de la loi puisque, en Belgique, le corps législatif lui-même ne jouit plus, depuis l'arrêt le Ski déjà (17), depuis la création de la Cour d'arbitrage encore (18), de l'incontestabilité juridique à dire finalement le droit. A l'égard des excès que pourrait commettre le législateur lui-même, réparti dans les différentes entités que lui connaît l'Etat fédéral, la Cour de cassation a préféré, on le sait, imposer la priorité du droit international directement applicable, tandis que le Constituant a prévu un contrôle, d'ailleurs limité, de conformité de la loi ou du décret à telle ou telle disposition de la Loi fondamentale.

Or, ces mécanismes de contrôle qui semblent infliger une entorse à la loi majoritaire ne font peut-être que reconduire cette même loi à un niveau supérieur. Dans le premier cas, en effet, il s'agirait que la loi majoritaire des Etats (la norme internationale) s'impose à l'Etat minoritaire qui en ferait sécession ; dans le second cas, que la loi majoritaire de l'entité belge (la Constitution) s'impose à l'entité fédérée qui voudrait

(16) Cfr. M. LEROY, « Sanction royale, Constitution et droits de l'homme », *Le Soir*, 19 avril 1990, p. 10.

(17) Cass., 27 mai 1971., *Pasicrisie*, 1971, I, 886 reconnaît la primauté de la norme de droit international conventionnel, ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne sur la norme de droit interne.

(18) Cfr. Const. Coord., art. 142 et L. spéc. 6 janv. 1989 sur la Cour d'arbitrage (*M.B.*, 7 janvier 1989).

s'y soustraire. Mais on voit d'emblée que l'objection exprimée par le roi en 1990 ne corrige pas de cette manière-là la souveraineté de la loi majoritaire.

Sans doute le juge apparaît-il doté d'un pouvoir singulièrement puissant lorsqu'il contredit telle volonté législative émise en son propre ordre juridique pour lui préférer tel article de la Constitution ou telle disposition de droit international, mais cette puissance exprime, par la bouche du juge, la force d'une volonté hiérarchiquement supérieure à la décision prise par le législateur : volonté du Constituant ou volonté des signataires du traité, volonté en tout cas plus puissante que celle du corps législatif qui a pris la norme écartée par le juge.

Dans l'objection opposée par Baudouin I<sup>er</sup> au texte que lui soumettait le Parlement, une telle puissance s'est-elle manifestée ? Oui et non. *Oui* d'abord, car le pouvoir royal de la sanction des lois s'est exercé sur le mode du refus, manifestant ainsi une volonté différente de celle du corps législatif : en son objection de conscience, le roi a donc bel et bien régné. Mais *non* ensuite, car ce réel exercice du pouvoir n'a pas eu l'occasion de sortir ses effets puisque le roi, d'ailleurs avec son accord, a été placé par ses ministres dans l'impossibilité de régner.

Par là, Baudouin a symbolisé d'une manière remarquable les enjeux du pouvoir en nos sociétés humaines. Etrange Créon jouant le rôle d'Antigone, il a invité par son geste tous les titulaires du pouvoir à réfléchir sur la nécessaire faille qui doit s'insinuer dans la logique de puissance.

En utilisant son pouvoir pour accepter d'être réduit à l'impuissance, le roi a montré que le pouvoir ne devrait ultimement pas obéir à sa propre force. S'il veut continuer à dire le droit, le pouvoir, en effet, doit admettre dans le déploiement de la logique de puissance la faille d'une double fragilité : de la conscience morale d'une part, de l'enfant d'autre part. Double faille, mais unique, ici, puisque, en sa conscience, le roi a accepté que son pouvoir fût rendu aussi impuissant que celui de l'enfant dans le sein de sa mère. Expression aussi impressionnante que dans une tragédie grecque, mime surprenant par lequel la conscience d'un homme politique a placé la raison d'être du pouvoir non plus du côté de la majorité écrasante

qui dispose de la puissance, mais du côté de l'être impuissant dont la protection dépend du sursaut de la conscience.

En invoquant cette conscience dans l'exercice de son pouvoir, Baudouin I<sup>er</sup> rappelait que la norme prise par le législateur ne trouve pas seulement son maître dans la Constitution ou dans le traité international, mais dans la persistance de l'être humain lui-même, si faible qu'il soit.

D'où la nécessaire réflexion à poursuivre sur la légitimité que se donne la démocratie en décidant que sa loi vient du plus grand nombre de ses membres et de nulle part d'autre. Car on peut se demander si la majorité suffit à relever le défi que représente « le pouvoir du peuple », se demander dès lors si cette majorité n'appelle pas, à certains moments de son histoire, une autre voix que la sienne pour tenir la promesse qu'elle se faisait à elle-même en s'instituant « démocratie ».

Pour mieux comprendre le fondement et les limites de la règle de majorité, il importe d'analyser ce qui la précède. La démocratie, en effet, risquerait de manquer son propre projet si elle feignait d'ignorer l'en-deçà de la loi majoritaire qu'elle instaure. Mais que trouve-t-on au fondement du jeu démocratique ? On trouve peut-être, comme on va le voir, le contrat social, et son corollaire des droits de l'homme, mais aussi, et davantage encore, le lien de nature par lequel l'homme et la femme font l'enfant.

Était-ce pour rappeler ces fondements-là à son peuple que le Roi Baudouin a mis en crise l'ordre constitutionnel de son pays ?

### III. — L'EN-DEÇÀ DES FORMES MAJORITAIRES

Le « contrat social » de Jean-Jacques Rousseau ne constitue certes pas la seule source de pensée de nos démocraties occidentales mais il y éclaire de façon suggestive la tentation qui menace nos régimes et, peut-être, le sursaut qui les sauve.

On connaît l'ambiguïté inhérente à la *volonté générale* de Rousseau. D'un côté, elle risque d'écraser les citoyens ; par ailleurs, elle signifie, en deçà du jeu des majorités populaires, la raison d'être de l'état social lui-même. Le philosophe rappelle

en effet « qu'il faut toujours remonter à une première convention » (19).

Cette convention première ou « pacte social » concilie, au moins en principe, les deux irréductibles contraires, de la liberté de l'homme en l'état de nature d'une part, de sa soumission aux lois dans l'état social, d'autre part, puisque les hommes remettent de leur plein gré toute leur personne à la communauté qui, désormais et en retour, assurera leur conservation.

On mesure le danger de cette « aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté » (20) mais on ne perdra jamais de vue le mode sous lequel s'édifie l'état social : la liberté. Liberté manifestée par le consentement unanime de tous ceux qui font pacte, et perpétuée dans l'état social par le nom de *Souverain* que se donne la personne publique ainsi formée. Aussi les associés, participant à l'autorité du « Souverain », sont-ils dits *citoyens*. On n'oubliera pas non plus la raison d'être du pacte social à savoir la conservation de ses membres qui, autrement, dispersés dans l'état de nature, n'auraient pu s'y maintenir.

Sans doute, la soumission exigée sera-t-elle totale car l'égalité imposait que l'individu ne se réservât rien en passant de l'état de nature à l'état social, et l'associé, tout citoyen du Souverain qu'il soit, n'en devient pas moins, sous un autre rapport, *sujet* de l'Etat, mais dans sa recherche du meilleur jeu des pouvoirs, l'auteur du « Contrat social » reste hanté par cette volonté générale en laquelle tous les citoyens, poursuivant la conservation de chacun des associés, veulent le bien de tous (21).

Mais l'autre perspective apparaît aussitôt : cet idéal d'une volonté générale, infaillible et indestructible, semble si haut placé que sa traduction dans les décisions concrètes risque

(19) Selon l'intitulé du chapitre V, livre I<sup>er</sup>, du *Contrat social ou Principes du droit politique*, par J.-J. ROUSSEAU, citoyen de Genève, (œuvres complètes, N.R.F., Gallimard, 1964, p. 359).

(20) *Id.* chap. VI, du pacte social, p. 360.

(21) Ainsi, « dans une législation parfaite, la volonté particulière ou individuelle doit être nulle, la volonté de corps propre au gouvernement très subordonnée, et par conséquent la volonté générale ou souveraine toujours dominante et la règle unique de toutes les autres » (*Id.*, L. III, Ch. II : Du principe qui constitue les diverses formes du gouvernement, p. 401).

d'autoriser tous les excès. Car la règle de l'unanimité s'impose certes pour fonder l'Etat social lui-même puisque l'homme libre doit lui abandonner librement sa liberté, mais une fois la société constituée, la règle majoritaire s'impose comme « une suite du contrat même (...) et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale ». L'auteur en déduit d'emblée la conséquence qui signe l'aliénation de l'homme : « *Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre* » (22).

Chez Rousseau, le désir de tenir ensemble la liberté du citoyen avec la soumission du sujet s'avère si inextricable que le « contrat social » autorise la lecture à double sens : d'un côté tout ce que veut la société n'est sans doute jamais autre chose que ce que le citoyen a voulu lui-même, mais de l'autre, le sujet n'a pas de volonté libre différente de celle de l'Etat, exprimée par la majorité du peuple. L'affirmation la plus farouche de la liberté y coïncide donc avec l'écrasement total de la conscience personnelle.

Nos démocraties sont-elles condamnées à cette fatalité ? Peuvent-elles sauver le vœu de Rousseau et des autres grands *contractualistes* qui ont pensé les principes du droit politique, sans tomber dans le piège de la volonté générale qui aliène les libertés sous prétexte de les préserver ?

En tout cas, si les hommes se sont posés unanimement dans l'état social pour conserver la liberté de tous les membres ainsi rassemblés, cette raison fondamentale empêche la société démocratique de comprendre son propre ordre juridique comme une pure forme kelsenienne qui n'attendrait, pour se déterminer, que la succession des décisions majoritaires de ses membres. Elle garde en effet par devers elle cette raison qui fonde – et par là qui juge – chacune des décisions subséquentes.

Dans une société déterminée, une majorité qui écraserait une minorité aurait peut-être pour elle la légalité de l'ordre

(22) *Id.*, L. IV, Ch. II, Des suffrages, p. 441.



positiviste, mais la légitimité démocratique lui échapperait, par méconnaissance précisément de la raison première et dernière du rassemblement social (23). Pour parvenir à se comprendre elle-même, la société démocratique doit donc reconnaître dans sa *Grundnorm* le minimum éthique inhérent à la *volonté générale* des citoyens ; elle doit garder en sa mémoire la raison de liberté qui a commandé l'association de ses membres et qui s'énonce aujourd'hui dans les droits de l'homme.

A ce stade de la réflexion, la question redoutable consiste à se demander qui, au sein de la société, acceptera de se porter garant de la volonté première, rappelée au besoin contre la volonté majoritaire. Qui acceptera d'être « l'autre » de la démocratie, permettant ainsi à la démocratie même d'exaucer son intention première ?

Puisqu'il s'agit d'être mémoire, même aux yeux de ceux qui s'estiment les plus forts au sein de l'ordre social, on se demande si ce rôle ne revient pas à ceux qui viennent au commencement de cet ordre, même – et surtout – s'ils en constituent la partie la plus faible. On songe ici à l'enfant.

Avant de se nouer dans le contrat des associés, le lien social s'est déjà formé dans ce fruit de l'homme et de la femme qu'est l'enfant (24). Aussi le raisonnement qui conduit les êtres conscients et libres à s'associer en vue d'échapper aux menaces qui pèsent sur leur état de nature ne fait-il que reproduire dans le calcul de l'adulte la douce certitude de l'enfant qui doit son existence à l'union de ses auteurs. Formé, en deçà du « contrat social », dans le ventre de sa mère, l'enfant donne aux associés qui adhèrent au pacte l'assurance paisible que cette

(23) Sur la différence entre la légalité et la légitimité, v. le v° validité au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* sous la direction de A.J. ARNAUD et al., Paris, L.G.D.J., Bruxelles, Story Scientia, 1988.

(24) Dès le début du *Contrat social*, J.J. ROUSSEAU affirme sans doute que « la plus ancienne de toutes les sociétés et la seule naturelle est celle de la famille » mais il ne tire aucun parti de cette constatation capitale car l'idée du contrat le regagne aussitôt : « Encore les enfants ne restent-ils liés au père qu'aussi longtemps qu'ils ont besoin de lui pour se conserver. Sitôt que ce besoin cesse, le lien naturel se dissout. Les enfants, exempts de l'obéissance qu'ils devaient au père, le père exempt des soins qu'il devait aux enfants, rentrent tous également dans l'indépendance. S'ils continuent de rester unis ce n'est plus naturellement c'est volontairement, et la famille elle-même ne se maintient que par convention. » (op. cit., L. I, Ch. II, Des premières sociétés, p. 352).

« volonté générale » est déjà « de nature » : avant même qu'il ait décidé quoi que ce soit, l'enfant sait en effet que sa vie dépend d'un lien ordonné à autrui. Ainsi, le plus faible donne-t-il aux humains la confiance nécessaire pour se lier entre eux par la convention qui les conservera en vie. Ainsi encore rappelle-t-il en sa faiblesse aux plus forts la raison de l'état social que nul – pas même la majorité – ne peut mettre en cause.

Cette mémoire s'énonce sans doute nécessairement sur le registre éthique puisque, par hypothèse, l'enfant n'a pas encore pu donner son adhésion au pacte social qui semble faire entrer l'homme en politique : c'est qu'il n'a pas la force suffisante pour s'y faire entendre, mais précisément, sa présence de faiblesse donne toute sa consistance éthique au projet politique des humains qui envisagent de s'appuyer les uns sur les autres pour survivre.

En d'autres termes, si l'état social ne se développait jamais qu'à partir du concours unanime de toutes les volontés prêtes à défendre toujours toutes les libertés, la démocratie, en transparence d'elle-même, n'aurait besoin d'aucune faiblesse pour lui rappeler la convention première. Mais puisque l'homme naît petit dans un lien social (déjà) de nature, sa petitesse invite les autres humains à réfléchir à l'en-deçà de leur contrat social en vue de reconnaître à ce pacte ses racines naturelles. En vue aussi de maintenir ce pacte à la hauteur de son ambition.

Lors donc qu'une société envisage de retirer la protection de son droit à l'égard de l'être humain en germe dans le sein de sa mère, semblant autoriser par là le geste de mort à son égard, elle met en jeu le lien qui la constitue elle-même car, par sa négligence envers ce premier rapport, elle perd la mémoire de cette confiance première qui invitait à entrer dans le « contrat social » avec cette assurance enfantine qu'on n'aurait plus à y craindre la menace d'autrui. Tolérer la mise en cause de l'existence du plus faible revient, dans la symbolique sociale, à subvertir le pourquoi de l'association première : la conservation de la liberté de tous par la confiance mutuelle du contrat social se mue en position majoritaire, *a priori* menaçante.



## IV. - CONCLUSION

Par son refus de signer la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, le roi des Belges fut placé par la logique majoritaire dans « l'impossibilité de régner ». Par là se trouvaient remarquablement symbolisées les limites des figures du contrat social rousseauiste ou de la Grundnorm kélsénienne : en filigrane des controverses de droit constitutionnel relatives à la légalité de l'objection de conscience du Roi ou du montage gouvernemental élaboré pour y obvier se trouvait en jeu la question de la source de l'énonciation du droit en nos sociétés démocratiques.

En acceptant d'être « l'autre » de la logique majoritaire, Baudouin I<sup>er</sup> a renvoyé son peuple aux droits de l'homme qui finalisent le contrat social, et à l'enfant qui lui donne son assise première : *« je crains que ce projet n'entraîne une diminution sensible du respect de la vie de ceux qui sont les plus faibles. Vous comprendrez donc pourquoi je ne veux pas être associé à cette loi »*.

Devant la montée des nouveaux problèmes dits « bioéthiques », en particulier devant la fragilisation de plus en plus grande du statut de l'embryon, la société démocratique entendra-t-elle un jour en cette « objection de conscience » le rappel des exigences inhérentes à son projet politique ?

Lorsqu'ils ont assumé le rôle du roi Baudouin pour sanctionner et promulguer « au nom du Peuple belge » la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, les Ministres ont mimé à leur tour – mais sur un registre plus triste – les enjeux de la décision qu'ils prenaient : après avoir visé l'arrêté du 3 avril 1990 constatant que le Roi se trouve dans l'impossibilité de régner et les articles 25, 69, 79 alinéa 3, et 82 de la Constitution, les signataires ont enchaîné : « Les Chambres ont adopté et Nous, Ministres réunis en conseil, sanctionnons ce qui suit ». En cette formule légale s'est effacé sans doute le « *Salut* » du roi à son peuple, mais s'est effacée aussi l'ouverture aux jours et aux êtres de demain que prévoit la formule légale de l'intervention royale : « à tous, présents et à venir ».

Malgré l'apparent échec que fut son impossibilité de régner, une conscience royale a tout de même voulu maintenir l'avenir ouvert.

Au moment où le professeur Marie-Thérèse Meulders-Klein quitte une charge académique où elle a œuvré sans mesure pour le futur de la famille, on aimerait se tourner avec elle, d'un cœur reconnaissant, vers cet avenir-là.